

CÁMARA DE REPRESENTANTES
XLVIIa. Legislatura

—

DIVISIÓN PROCESADORA DE DOCUMENTOS

Nº 1235 de 2012

Carpeta Nº 1288 de 2001	Comisión Especial de población y desarrollo social

---

AFRODESCENDIENTES

Normas para favorecer su participación en las áreas educativa y laboral

Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 6 de setiembre de 2012

(Sin corregir)

Preside: Señor Representante Julio Bango.

Miembros: Señores Representantes Verónica Alonso, Ana Lía Piñeyrúa y Mercedes Santalla y señores Representantes Gustavo Cersósimo, Juan Manuel Garino Gruss, Felipe Michelini y Mario Silvera.

Asiste: Señor Representante Felipe Carballo.

Invitados: Señores Catedráticos de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de la UCUDAL, doctor Martín Risso; Director del Instituto de Derecho Civil II y III de la UDELAR, escribano Jaime Berdaguer; doctor Gonzalo Aguirre y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UDE, doctor Ruben Correa Freitas.

═════II═════

SEÑOR PRESIDENTE (Bango).- Habiendo número, está abierta la reunión.

La Comisión Especial de Población y Desarrollo Social tiene a consideración el proyecto de ley que atiende las acciones afirmativas hacia el colectivo afrodescendiente. Tenemos el gusto de recibir al doctor Martín Risso, de la Universidad Católica del Uruguay, a quien hemos solicitado, en base a su experiencia y perfil profesional, que realice un comentario sobre el proyecto.

SEÑOR RISSO.- Es un honor para mí ser convocado por una Comisión parlamentaria y espero que lo que pueda decir sea de utilidad para el trabajo de esta Comisión y luego del plenario.

Para situar el tema, preparé algunas referencias iniciales al derecho de igualdad, para luego tratar de definir el concepto de discriminación que es el que subyace en las acciones afirmativas, algunas precisiones conceptuales con algunas medidas, y luego me voy a referir a las acciones afirmativas.

El principio general y derecho constitucional de igualdad es relativamente sencillo en su aproximación genérica. Igualdad significa que a todos los seres humanos se les reconocen los mismos derechos, se les brinda el mismo trato en materia jurídica y tienen derecho a obtener la misma protección del ordenamiento jurídico y de las autoridades estatales. En contrario, está prohibido el establecimiento de privilegios o distinciones que alteren esa situación de igualdad. El proyecto es muy simple; después, la igualdad se desmembra en una cantidad de aspectos diferentes y -aparece la igualdad ante los actos generales, en la aplicación de los actos generales, los casos de desigualdad por tratar igual a quienes están en distinta situación, la problemática de la igualdad en las actividades privadas y, por supuesto, el tema central: la discriminación.

Cuando hablamos de igualdad, no hablamos de un principio absoluto, sino que todos sabemos que la igualdad admite el establecimiento de excepciones. Para que las excepciones que se establezcan sean compatibles con el principio de igualdad, en una época se hablaba del principio de razonabilidad estadounidense. En Uruguay, lo manejaron Jiménez de Aréchaga y Korzeniak, pero en los últimos veinticinco años en Europa se ha precisado, se ha detallado, se le ha dado mucho más cuerpo a ese principio de razonabilidad y hoy en el mundo occidental se dice que para que una excepción al principio de igualdad sea ajustada a derecho, tiene que cumplir con tres requisitos: primero, la causa de la distinción tiene que ser razonable en términos constitucionales; segundo, la distinción tiene que perseguir una finalidad legítima -nuevamente, la legitimidad es en términos constitucionales -y, en tercer lugar, tiene que poder cumplirse con un juicio de racionalidad. El juicio de racionalidad apunta a la relación existente entre los medios utilizados y el fin perseguido. Destaco este último punto, porque si bien creo que las acciones afirmativas son posibles, hay algunos problemas que voy a mencionar más adelante en materia de juicios de racionalidad.

Otro aspecto importante refiere a la distinción entre igualdad y discriminación. Posiblemente, los aquí presentes tengan muy clara esa distinción, pero, habitualmente, en Uruguay se maneja desigualdad y discriminación como sinónimos, cuando no lo son. Cuando hablamos de discriminación, estamos hablando de desigualdades que se basan en causas especialmente detestables, especialmente inadmisibles; son causas que a lo largo de la historia han generado guerras, matanzas, sometimiento de grupos por generaciones enteras, grupos que tuvieron que abandonar sus países o sus lugares de origen, etcétera. Estas causas están acordadas por el Derecho Internacional de Derechos Humanos y son, básicamente, ideologías políticas, convicciones religiosas, raza, origen étnico, nacionalidad, sexo, orientación sexual, etcétera. Hay una nueva, que es discutible,

que es la apariencia física de las personas. Hay quienes la incluyen como una causal de discriminación, pero digamos que no hay unanimidad en el sentido de que corresponde hablar de discriminación en este caso.

Cuando hablamos de discriminación, nos referimos a algo extraordinariamente grave, como acabo de mencionar, y las consecuencias jurídicas de la discriminación, a diferencia de la igualdad, es que el análisis de la regularidad jurídica de la discriminación es excepcionalmente grave. Cuando hay discriminación, se parte de la base que esta es ilegítima, y solo cuando quien discrimina, a quien se le desplaza la carga de la argumentación, puede lograr una justificación, solo en esos casos, y son casos muy excepcionales, puede aceptarse la discriminación como tal.

La discriminación se ha puesto de moda. El profesor Kennedy, de la Universidad de Harvard, señala que uno de los paradigmas del derecho contemporáneo es justamente la lucha contra la discriminación, el principio de no discriminación. Tenemos algunos elementos que son muy claros. Por ejemplo, la suspensión de Luis Suárez, en Inglaterra, debido a un insulto racista demuestra como se está encarando el tema de la discriminación; algunos atletas fueron expulsados de los Juegos Olímpicos por comentarios racistas. Inclusive, hace algunos meses, un jugador de la selección italiana fue sancionado por una declaración homofóbica en un medio de prensa con una importante multa de treinta o cincuenta mil euros. En definitiva, es extraordinariamente importante en el mundo contemporáneo la temática de la discriminación y viene muy bien que a nivel legislativo, en Uruguay, se esté encarando este tema.

Antes de entrar a las acciones afirmativas, quiero hacer tres aclaraciones previas y voy adelantar un problema que tiene este tipo de acciones.

A los efectos de determinar qué puede o debe hacer el Estado cuando constata situaciones de discriminación, podemos distinguir tres grandes líneas de acción. La primera es la que algunos llaman acciones positivas, políticas de Estado, acciones estatales o acciones de Gobierno. Significa que el Estado destina fondos públicos, que ha obtenido por los mecanismos habituales, a los efectos de crear situaciones que permitan nivelar las de discriminación. El ejemplo típico es que para apoyar a las personas que precisan sillas de ruedas o elementos especiales para desplazarse, se acondicionan las calles, se habilita e transporte público para que estas personas puedan subir con las sillas, etcétera. En ese caso, se utilizan dineros públicos obtenidos por el Estado para nivelar una situación y no se dan dificultades desde el punto de vista jurídico, aunque podrá estarse de acuerdo o no políticamente.

La segunda forma en que el Estado, fundamentalmente, el legislador, trata de nivelar situaciones de desigualdad la vemos en las relaciones del consumidor. La situación típica es la del individuo frente a un Banco. Me refiero a aquella persona que quiere obtener una tarjeta de crédito y se encuentra con que el Banco le impone absolutamente todas las condiciones, muchas de ellas leoninas e inaceptables y su posibilidad de negociar es absolutamente nula. En ese caso, el legislador ha intervenido -puede hacerlo o modificar la intervención-, pero dentro del marco de la relación. Lo que se hace es quitar derechos o establecer obligaciones para el Banco y se le otorgan derechos a la persona que está en desigualdad. O sea que dentro de la misma relación, se establece o se procura establecer una nivelación.

El costo de las acciones positivas lo paga toda la sociedad; todos pagamos nuestros impuestos y el Estado distribuye el dinero como le parece. En el marco de las relaciones de consumo, las acciones las acciones se limitan a ese marco, y no se genera ningún problema de injusticia o constitucional.

La tercera vía para actuar en los temas de desigualdad son las acciones afirmativas. El problema con estas acciones es que implican crear artificialmente una hipótesis de discriminación en contrario. La acción afirmativa arranca con una contradicción interna. Por ejemplo, para superar una discriminación por razones de sexo, se crea una discriminación artificial por ley, también por razones de sexo, inversa a la anterior. Y esto, que lo desarrollaré más adelante, es lo que genera el problema, que es quién paga el costo de las acciones afirmativas; no lo hace el banco, como en la relación de consumo, no lo paga la sociedad, sino personas físicas, que no tienen nada que ver con el tema y que son aleatorias por su determinación.

En cuanto a las acciones afirmativas, en general, se atribuye su origen en los años sesenta a la legislación estadounidense, concretamente, a proyectos presentados en la época de John Kennedy. Lo bueno de las acciones afirmativas en Estados Unidos es que llevan muchísimos años y han sido objeto de innumerables estudios científicos. Hay estudios que dicen para qué sirven, cuáles son los problemas y los riesgos, por lo que hay mucho para analizar.

Reitero que las acciones afirmativas son peligrosas porque lesionan a personas inocentes que no tienen nada que ver en el tema y son esencialmente polémicas. En ese sentido, podemos encontrar, principalmente, en Estados Unidos, personas que las niegan, que se oponen a ellas y que consideran que toda acción afirmativa es inconstitucional. En el otro extremo, también podemos ver una tendencia que se viene desarrollando desde hace algunos años, básicamente, en Brasil, donde son partidarios de realizar acciones afirmativas -si se me permite el término -a mansalva. Y también existe el grupo central que, sin lugar a dudas, es el más numeroso, que sostiene que las acciones afirmativas son posibles desde el punto de vista constitucional solo en algunos casos y cumpliendo con ciertos requisitos.

¿Cuáles son los requisitos generalmente aceptados para admitir las acciones afirmativas? En primer lugar, solo se aceptan acciones afirmativas en los casos de discriminación, no solamente de desigualdad. La acción afirmativa es algo demasiado grave, demasiado contundente, y se justifica por un problema verdaderamente trascendente, como la discriminación, no una mera desigualdad.

El segundo requisito indica que las acciones afirmativas solo son aceptadas -esto es evidente, pero hay que destacarlo -cuando funcionan en casos de discriminación muy claros, probados y si hay evidencia suficiente de que el caso existe y es grave. También se exige -este es el tercer requisito -que esas situaciones de discriminación sean prolongadas en el tiempo; si se trata de una situación coyuntural, reciente, se debería pensar que se adoptarán medidas inmediatas, sin llegar a la acción afirmativa, para combatirla.

Asimismo, se agrega -esto es importante y ha sido analizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos -que las acciones afirmativas tienen que ser transitorias y razonablemente breves. ¿Por qué deben ser transitorias y breves? Porque si se establecen sin plazo, alterarán el sistema constitucional de igualdad y se transformarán en inconstitucionales. Una cosa es la constatación de una situación muy grave que requiere una solución de emergencia, por definición, breve en el tiempo -lo más breve que se pueda-, y otra, establecer una situación sin límite, con una vocación de permanencia, que sería inconstitucional.

Otro aspecto a tener en cuenta, y que está bastante probado, es que las acciones afirmativas no cambian la realidad. En Estados Unidos se han utilizado acciones afirmativas, por ejemplo, para el ingreso a universidades y a ciertos puestos de trabajo,

públicos y privados, y se han utilizado durante cinco, diez o quince años, pero cuando se suspenden, se vuelve exactamente a la posición anterior, y a veces, peor. Esto puede ser así porque parecería que la acción afirmativa relaja un poco el esfuerzo de los grupos minoritarios.

Sin embargo, hay un caso que constituye una excepción, y está bastante probado. Me refiero a la cuotificación de la mujer en los Parlamentos. La evidencia histórica de los países que la han implementado indica que el ingreso forzado de determinado porcentaje de mujeres rápidamente cambia la estructura del Parlamento, ya que el ambiente de hostilidad machista desaparece, lo que lleva a que en la segunda elección las mujeres empiecen a nivelar naturalmente su presencia, por lo que no se requiere más de esa acción afirmativa, pero es un caso especial.

Normalmente hay evidencia que demuestra que las acciones afirmativas, por sí solas, no cambian la realidad. Por eso, se exige que la acción afirmativa -que es un paliativo -sea acompañada por acciones de fondo, es decir, la acción afirmativa para hoy y una acción de fondo que permita que, en el mediano plazo, ya no sea necesaria la acción afirmativa y se haya restablecido la situación de igualdad

Otro tema que normalmente se menciona es el de la proporción. Un lugar común, bastante admitido en el mundo occidental, es que la proporción de la acción afirmativa nunca es equivalente a la proporción del grupo que se intenta favorecer dentro de la sociedad. Por ejemplo, en Uruguay, las mujeres son un poco más de la mitad de la población, de acuerdo con el penúltimo censo -no conozco el último -y, sin embargo, la cuotificación es de un tercio. Eso es lo que se hace normalmente

La acción afirmativa tiende a romper algo que está impidiendo la existencia de igualdad. Se abre eso, pero siempre con porcentajes relativamente bajos y por un motivo bastante razonable. No estamos seguros de que, si no hubiera discriminación en materia política contra la mujer, hoy el 51% de los legisladores serían mujeres. Serían mujeres o no; eso es absolutamente variable.

Además de estos requisitos, me parece importante hacer referencia a los peligros de las acciones afirmativas.

Las acciones afirmativas, que no tienen resultados probados por sí mismas, siempre perjudican a un individuo. Siempre hay una persona, física o jurídica -normalmente física -que paga el plato para el costo de la acción afirmativa. Internacionalmente, se le ha puesto cara y nombre a estas personas; el nombre es Alan Bakke.

Alan Bakke es un ciudadano estadounidense cuyo sueño era ser médico. A principios de los años setenta, se presentó a dar las pruebas de ingreso a la escuela de medicina de la Universidad de California. Había cien plazas disponibles y seiscientos o setecientos postulantes. Él obtuvo el puesto 108 y quedó afuera. No se desanimó, estudió durante un año y se volvió a presentar. En esa oportunidad, obtuvo el puesto 102, con lo cual volvió a quedar afuera. El asunto es que alguien le pasó un dato que él no sabía y que forzó a que la Universidad lo reconociera judicialmente. Resulta que su puesto no era el 102, sino el 88. El problema es que había un grupo de afroamericanos -"afrodescendientes" en la terminología uruguaya -que, con mucho menos puntaje que él, habían ingresado por delante de él. Alan Bakke llevó este tema ante la Corte Suprema de Estados Unidos y perdió, en una interesantísima sentencia.

Hace unos años, busqué información en Google para ver qué había pasado con Alan Bakke. Hoy es médico, estudió en otra Universidad, está ejerciendo la medicina en

un hospital de Indiana y, además, es una persona muy famosa que ha dado reportajes en televisión debido a todo este affaire.

Este Alan Bakke triunfó y cumplió con su sueño, pero hay muchos Alan Bakke que, con las acciones afirmativas, necesariamente, quedan por el camino y son siempre los Alan Bakke los que pagan esas acciones afirmativas, que normalmente son inocentes y no tienen nada que ver en la situación de discriminación; simplemente, es aleatorio. Este es un peligro importante de las acciones afirmativas.

Hay que asumir que habrá Alan Bakke con las acciones afirmativas y hay que tener mucho cuidado con esto. No podemos saber quiénes serán de antemano, pero sí que va a haber y que esas pobres personas van a ser discriminadas -en el caso de los proyectos -por razones de raza injustamente e inconstitucionalmente, porque no tienen nada que ver en el tema. Es distinto al destino de fondos públicos, es distinto a la relación cliente-banco; estas personas no tienen absolutamente nada que ver.

Insisto que, en cierta forma, soy partidario de que se establezcan las acciones afirmativas, pero con ciertos requisitos.

Ahora, me voy a referir genéricamente a los proyectos que están a estudio de la Comisión, analizándolos a la luz de los requisitos generales que normalmente se exigen en el mundo occidental, para concluir en la constitucionalidad de las acciones afirmativas.

El primer requisito y elemental es que las acciones afirmativas solo proceden en los casos de discriminación. Acá no tendríamos problema; hay un artículo un poco vago en cuanto a dónde apunta, pero es bastante claro que los proyectos de ley apuntan a los afrodescendientes, y por lo tanto, son casos de discriminación.

El segundo requisito es que se necesita que la discriminación sea muy grave y clara. Es evidente que esto es así con los afrodescendientes.

Se exige que sea prolongado en el tiempo, y también se cumple con este requisito.

Se exige que no haya un medio que permita tener, en el corto plazo, un resultado parecido. Indudablemente, no lo hay.

Las iniciativas cumplen con todos estos requisitos, pero hay otros que no se cumplen.

En primer término, no se cumple con la necesidad de que las acciones afirmativas sean esencialmente breves y transitorias. Normalmente, se exige que si la acción afirmativa no tiene un plazo -un plazo razonablemente breve de cinco años; no sé si de diez años -va a haber una inconstitucionalidad porque, en ese caso, se va a estar tergiversando el sistema constitucional en materia de igualdad con un espíritu de permanencia. Una cosa es esta situación extraordinariamente grave que admite una breve y transitoria modificación, pero creo que el plazo debe estar.

Fui convocado a la Comisión de la Cámara de Senadores que discutió el proyecto de ley sobre cuotificación femenina. Precisamente, la única objeción que hice al proyecto era que le faltaba un plazo; había que poner una o dos Legislaturas, no podía ser sin plazo. Traté de ver cómo quedó y no sé si agregaron eso.

SEÑORA PIÑEYRÚA.- Sí, lo agregaron.

SEÑOR RISSO.- Creo que todas las acciones afirmativas que están acá precisan que se les agregue un plazo y que no sea extenso; un plazo de veinte o veinticinco años no serviría.

Normalmente, se exige que las acciones afirmativas, como no solucionan el problema de fondo, sean acompañadas por otras medidas que apunten a corregir la situación de discriminación. Creo que en estos proyectos hay algunos problemas de constitucionalidad en esas medidas.

Otro tema que se exige es lo que mencionaba en cuanto a la proporción exacta. No sé qué pasó con el último censo, pero el penúltimo decía que los grupos minoritarios son el 9.6% de la población, y la amplia mayoría son afrodescendientes, aunque estos se situaban alrededor del 8%. Acá hay proyectos que hacen acciones afirmativas para un 10%, lo cual es excesivo; inclusive, hay alguna propuesta para un 8%. De acuerdo con los cánones internacionales, también eso es excesivo, porque lo que hacen las acciones afirmativas es romper, abrir la puerta, pero no buscan una nivelación total.

Otro problema que vi. en las acciones afirmativas y que debería ser analizado, es que no se pueden hacer en forma indiscriminada. En el Estado hay puestos que no pueden ser objeto de acciones afirmativas. Por ejemplo, si se hace un concurso para contratar cirujanos para el Hospital Pereira Rossell, no se puede hacer acción afirmativa; necesariamente hay que contratar a los mejores, y el tema de la desproporción de los afrodescendientes habrá que atacarlo por otro lado. Creo que eso es muy importante. Quizás, el caso más elocuente sea el de los médicos, pero hay muchos casos que deberían ser excluidos por estas razones.

Otro tema que voy a mencionar refiere al principio de legalidad. Por supuesto que lo que buscan las acciones afirmativas es promover a determinado grupo, pero implica la lesión de derechos humanos, del derecho de igualdad de determinadas personas. Esto significa que toda acción afirmativa precisa ley. No puede establecerse la solución del principio y tirar eso al Poder Ejecutivo; no. Las acciones afirmativas deben ser establecidas por ley, y la ley tiene que dar elementos concretos de cómo van a ser.

Por ejemplo, la acción afirmativa podría ser: en igualdad de condiciones, se opta por el afrodescendiente, o se le da al afrodescendiente algún puntaje superior o adicional en los concursos que se hagan, pero eso tiene que estar establecido en la ley. Por lo menos, tendría que establecer un marco general; no puede ser objeto de la reglamentación, sino de materia legislativa.

Ahora, voy a hacer un punteo general en el orden de los proyectos que recibí y de los aditivos.

El artículo 1º del proyecto que figura en el Repartido N° 761 del año pasado es una especie de reconocimiento de responsabilidad, pero me parece que constituye un fundamento y no debería estar en el proyecto de ley, sino en la exposición de motivos. Además, más adelante me voy a referir a otro problema, porque me parece que hay una asimilación de la problemática afrodescendiente a la problemática indígena, y son distintas.

El artículo 2º no es enteramente claro que se refiera a los casos de discriminación; quizás debería hacerse algún ajuste.

Como ya adelanté, el artículo 3º habla de acciones afirmativas para el 10%, o sea que supera el porcentaje de afrodescendientes en el Uruguay.

El artículo 5º establece la necesidad de acciones afirmativas para becas de ayuda económica para las distintas etapas del ciclo educativo. Este es un problema que se dio en Estados Unidos, y la dificultad que se nos plantea aquí es que se conjugan dos situaciones que conspiran contra los afrodescendientes: una es ser afrodescendiente y

otra es que en el Uruguay, por lo general, los afrodescendientes están situados en los estratos más bajos desde el punto de vista socioeconómico. Entonces, la desventaja educativa de los afrodescendientes, en general, no deriva del hecho de que sean afrodescendientes, sino de que sean pobres y de que se muevan en zonas marginales, donde la educación es muy mala.

En definitiva, con este artículo 5º, para beneficiar a los afrodescendientes, se perjudica a los blancos que viven en situación de pobreza y que tienen los mismos medios educativos que los afrodescendientes. O sea que este artículo tiene un problema de inconstitucionalidad, porque a sujetos que están en la misma condición de pobreza y entorno socioeconómico los trata de forma diferenciada.

El artículo 6º dispone que se haga una incorporación en el currículo de enseñanza primaria y secundaria. Este artículo es inconstitucional porque viola el principio de especialidad de los entes de la enseñanza. Esto podrá plantearse como sugerencia, como recomendación, pero nunca puede ser imperativo.

Insisto en lo que dije: las acciones afirmativas tienen que estar establecidas por ley. El margen que tiene el Poder Ejecutivo en la reglamentación es mínimo. Por eso me parece que esta previsión de que el Poder Ejecutivo, antes de reglamentar, tiene que escuchar a los actores, no tiene mucho sentido. Los actores deberían ser escuchados en el Parlamento, que es el que realmente puede definir el sentido de las acciones afirmativas.

En líneas generales, a este proyecto le faltan dos elementos: el plazo -por cuánto tiempo van a estar vigentes las acciones afirmativas; si no hay plazo, hay un problema de inconstitucionalidad -y las medidas de fondo -en este caso es discutible que haya inconstitucionalidad-, porque sabemos que las acciones afirmativas son un paliativo, pero no van a solucionar el tema de fondo.

A continuación voy a comentar otro proyecto que me llegó. Estoy siguiendo el orden en el que me llegaron los correos electrónicos que me envió la Comisión; espero que se entienda.

En el artículo 1º aparece una referencia a que la población afrodescendiente ha habitado el territorio nacional y en otro artículo se habla del legado de la comunidad afrodescendiente; inclusive, en el artículo 1º también se dice que esto es una reparación histórica respecto a esa comunidad. Estos son conceptos que se utilizan en Guatemala, Perú, Bolivia y, en parte, en Chile con respecto a las comunidades indígenas originarias. Pero hay una diferencia básica, porque lo que se quiere destacar es que los indígenas están desde antes de la cultura mayoritaria y, además, que los pueblos indígenas, las comunidades, son reconocidas como sujetos de derecho, tienen derechos como entidades, no derechos individuales. Estas referencias, que son propias de los indígenas originarios latinoamericanos, me parece que no corresponden cuando hablamos de la comunidad afrodescendiente, porque en este caso no hay un colectivo al que se le reconozcan derechos, sino que se ataca la discriminación de la que son objeto quienes son parte de esa comunidad.

Con respecto al artículo 2º voy a decir lo mismo que señalé el martes pasado en la Comisión Especial con la finalidad de tratar los proyectos vinculados a la interrupción voluntaria del embarazo. Este artículo comienza con la frase "Declárase de interés general". No voy a detenerme mucho en este tema, salvo que quieran analizarlo. Solo diré que en el Uruguay tenemos un problema serio con el tema del interés general. Algunas manifestaciones de este problema aparecen en la década del noventa y, sobre

todo a partir de 2000, se está utilizando la noción "razones de interés general" en un sentido que es exactamente el contrario al que indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aclaro que la Convención Americana sobre Derechos Humanos también utiliza la noción de "razones de interés general". La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que el interés general puede ser utilizado en dos sentidos: como una habilitación para la limitación de derechos -como una subordinación de los derechos al interés general -o en la forma correcta, que implica decir que las razones de interés general son un límite para el legislador, una garantía de los derechos humanos.

Este tipo de fórmulas -reconozco que no es un problema partidario; todos los partidos políticos las han utilizado -lleva a que uno escuche en la prensa y en distintos lugares una afirmación que se da como evidente: los derechos humanos están sometidos al interés general. No es así; los derechos humanos no están sometidos a nada. Es al revés: todo está sometido a los derechos humanos.

Este artículo, con esta declaración, puede ser interpretado de dos formas. Una sería atípica, y los legisladores estarían diciendo que es muy importante este tema. La otra sería que los derechos que se lesionan quedan subordinados a esta noción de interés general. Si esta fuera la hipótesis correcta, creo que el artículo sería inconstitucional. Hay que restablecer las razones de interés general del artículo 7º y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus justos términos.

También me genera alguna duda el artículo 3º. En este caso no se trata de un problema de inconstitucionalidad, pero se hace una interpretación y se dice que encuadra en el cumplimiento de los artículos 7º, 8º y 72. Creo que las acciones afirmativas son admisibles, básicamente, por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos; no veo que la Constitución las habilite. De todas formas, es una interpretación que podría ser utilizada por el inciso final del artículo 85 como una interpretación de la Constitución por parte de la ley, pero no sé, parecería que esto está dirigido a la Suprema Corte de Justicia, pero esta no se vería alcanzada por esta interpretación.

El artículo 4º habla del 8%; en este caso, se maneja el porcentaje exacto, aunque las pautas internacionales dicen que siempre se está un poquito por debajo. También aparece una referencia a Entes Autónomos y Gobiernos Departamentales, que no está mal pero señalo que, de acuerdo con el artículo 64 de la Constitución, las referencias a Entes Autónomos y Gobiernos Departamentales requieren mayorías especiales.

Más adelante, vuelve a aparecer el tema del interés general en otro artículo, y también se reitera la referencia al legado de la comunidad; insisto en que los legados son de los pueblos indígenas originarios.

En el artículo 9º aparece algo que genera un problema de inconstitucionalidad, porque es una especie de orden para que todo el Estado empiece a aplicar acciones afirmativas e, inclusive, que informe sobre lo que hace. Repito que en este caso hay una inconstitucionalidad, porque las acciones afirmativas son absolutamente excepcionales y, en tanto limitadoras de derechos humanos, tienen que ser establecidas por ley. Todo lo que sea acción afirmativa tiene que ser resuelto en el Parlamento y no se debe recomendar u ordenar a otras autoridades que las hagan. Reitero que las acciones afirmativas son absolutamente excepcionales.

En el artículo 6º vuelve a aparecer el tema de las becas. Creo que también en esto hay un problema de inconstitucionalidad; una cosa son las causas de discriminación de los afrodescendientes y otra, las situaciones económicas de pobreza que conspiran contra la educación, que no distinguen entre afrodescendientes y blancos.

En el artículo 8º se retoma el principio de especialidad en materia de enseñanza.

En líneas generales, creo que no puede dudarse -en esto quiero ser categórico; sé que hay opiniones en contra -de que las acciones afirmativas son compatibles con la Constitución y con el derecho internacional de los derechos humanos. Pero de inmediato hay que decir que son compatibles cuando se cumple estrictamente con determinados requisitos, y si no se cumple con estos, la acción afirmativa va a dejar de ser constitucional y se transformará en inconstitucional.

Creo que es importante, también, destacar los riesgos y las injusticias de las acciones afirmativas. Las acciones afirmativas no son gratuitas ya que cuando se legisla en esta materia se van a generar una cantidad de Allan Bakke uruguayos que se verán postergados y discriminados por razones de raza, lo que se trata de evitar.

En la misma forma como ya señalé, creo que es importante el plazo. Las acciones afirmativas tienen que darse en plazos razonablemente acotados y deben ser acompañadas por acciones de fondo, porque lo más probable -aunque nadie lo puede asegurar -es que en el 99% de los casos no cambien la situación de fondo. Las acciones afirmativas son un parche que tiene que ser acompañados de soluciones de fondo que permitan el restablecimiento de la situación de igualdad natural.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Felicitaciones por esta aclaración y este aporte tan valioso que arroja luz sobre una serie de dudas que hemos manejado en la Comisión, que dieron lugar a la consulta de los especialistas a fin de que podamos legislar no solamente en el marco de la Constitución y el derecho internacional sino también sin cometer errores jurídicos que terminan perjudicando y entorpeciendo la buena intención de las normas que queremos sancionar.

El artículo 10, que establece que el Poder Ejecutivo reglamentará esta ley previo informe de la Comisión Nacional Honoraria, etcétera, obviamente no puede quedar como está por lo que acaba de decir el doctor Risso en cuanto a la delegación o la transferencia del Poder Ejecutivo para reglamentar esta acción afirmativa. Con este marco vacío, sería casi inconstitucional. Ese es un pedido de aclaración.

Por otra parte, aprovecharía para consultar al doctor Risso si en el marco de su experiencia y conocimiento sobre el tema, en este caso concreto de la discriminación en la cuota de ingreso a la función pública o en la adjudicación de becas, podría orientarnos sobre cuáles serían los inocentes perjudicados, porque nosotros tenemos nuestra opinión y en atención a ellos es que nos rechina -valga la palabra en el sentido comúnmente aceptado -llevar adelante acciones discriminatorias afirmativas. Aun las afirmativas nos rechinan porque sabemos que hay perjudicados inocentes.

Por otro lado, quiero saber si el reconocimiento al artículo 1° podría habilitar una reclamación contra el Estado, por ejemplo de carácter patrimonial, dada la aceptación anticipada de culpabilidad y responsabilidad en la materia.

SEÑOR MICHELINI.- Doy la bienvenida al doctor Risso. Tuve que retirarme un momento durante su exposición, y el par de preguntas que voy a formular se deben a esa razón.

Agradezco sus aportes siempre agudos, claros y ordenados; engalana a esta Comisión poder contar con su colaboración

Evidentemente, una primer constancia es que el proyecto originario ha sufrido una serie de modificaciones producto del debate y la reflexión, asumiendo que toda obra

humana en general, y en particular la legislativa, es dinámica y perfectible. Por lo tanto, me parece que vamos bien orientados en cuanto a los textos que estamos manejando en el sentido de lograr los máximos apoyos políticos y legislar de acuerdo con la Constitución nacional.

SEÑOR CERSÓSIMO.- El Partido Colorado presentó un sustitutivo al artículo 2°. Me gustaría que se consultara al doctor al respecto, porque hace al interés general subordinado o en función de los derechos humanos.

SEÑOR MICHELINI.- Visto que hay sustitutivos de las bancadas de los Partidos Nacional y Colorado, que con gusto estoy dispuesto a analizar, mi pregunta refiere a si, según la opinión del doctor Risso, el concepto de interés general utilizado es inconstitucional, porque el sentido de interés general que se utiliza aquí es el de señalar la importancia de estas acciones en el marco de garantizar el pleno ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos y culturales. Será redundante, pero lo redundante no es inconstitucional. El estilo tiene que ver con la estética. En definitiva, todas las leyes deberían ser de interés general por definición. La reafirmación del legislador es la de enmarcar este proyecto de ley en un contexto, y el contexto tiene el propósito de que el texto constitucional no sea contrario a la lógica de los derechos humanos. Lo mismo ocurre con el artículo 3°.

La otra pregunta tiene que ver con el límite entre legitimidad e ilegitimidad, entre constitucionalidad e inconstitucionalidad, con el control de convencionalidad no solo con el sistema interamericano sino con el sistema universal. Cuando hablamos de igualdad y discriminación hay una zona de frontera delicada. La ley puede avanzar en muchas cuestiones, pero hay muchas otras que están bajo la órbita de la reglamentación del Poder Ejecutivo, como tantos otros temas fronteras que el derecho nacional reconoce.

Por lo tanto, entiendo que allí no hay inconstitucionalidad.

El artículo 9° tiene el sentido de establecer acciones de fondo; por ejemplo, hay acciones en el marco de actuación de instituciones que tienen una autonomía ampliada como los Entes Autónomos de la enseñanza pública, en las que claramente el legislador no puede tener injerencia, y en el proyecto actual -comparado con el inicial -hay un claro reconocimiento de esa categoría jurídica. Si un organismo hace acciones afirmativas que, en definitiva, son discriminatorias, el hecho de informar no las hará más legales o más ilegales. El artículo 9° está pidiendo que se informe al Ministerio de Educación y Cultura.

SEÑOR PRESIDENTE.- Voy a hacer una pregunta para ver si le entendí bien. ¿En su opinión sería inconstitucional cualquier sistema de becas referido a la población afrodescendiente en base a los prerrequisitos que usted ha definido que deben existir?

Por otro lado, creí entender que usted decía que no es porque sean afrodescendientes sino porque son pobres. ¿No cabría la hipótesis contraria de que en este caso son pobres producto de esa discriminación histórica, que justamente la situación de discriminación racial define un escenario de vulnerabilidad que los hace caer en la pobreza? Si se pudiera interpretar así -hay datos empíricos que avalan esta afirmación-, ¿estaríamos o no dentro de un marco de inconstitucionalidad?

SEÑOR RISSO.- En cuanto al principio de legalidad y el principio de reglamentación, ¿hasta dónde la ley puede hacer remisiones al Poder Ejecutivo, básicamente, aunque cabe la posibilidad de que reglamente algún otro órgano? Indudablemente, ese es un tema confuso. La frontera no es una línea recta sino que hay una zona gris. En general, los que más me convencen en este tema son los desarrollos alemanes. Ellos son muy prácticos y admiten la remisión, pero dicen que importan varias

cosas. Primero, que la remisión no sea en blanco. La ley tiene que establecer claramente el fin -en este caso se cumple sin lugar a dudas-, el contenido -voy a volver sobre eso -y cuáles son los poderes jurídicos que va a tener en la materia quien reglamenta.

Por un lado, nosotros tenemos el inciso segundo del artículo 10 de la Constitución que establece que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda y privado de lo que la ley no prohíbe. Ahí tenemos la zona gris. Lo que es incuestionable es que la remisión en blanco al Poder Ejecutivo es inconstitucional en todos los casos.

Creo que puede haber algunas remisiones. Puede haber una remisión que diga que el Poder Ejecutivo establecerá en qué casos no se aplicarán las acciones afirmativas; por ejemplo, médicos del Pereyra Rossell y otros más que habrá que analizar. Puede haber una reglamentación que diga: el Poder Ejecutivo establecerá las fechas en que se van a comenzar a aplicar este tipo de acciones afirmativas.

El Poder Ejecutivo puede complementar la ley estableciendo algunos criterios generales, pero el grueso tiene que surgir de la ley. Creo que si se va a utilizar esto como criterio para el ingreso de funcionarios públicos, tiene que ser establecido en la ley. El artículo 76 de la Constitución establece que todos los ciudadanos pueden ser llamados a los cargos públicos y una excepción de ese tipo tiene que estar establecida expresamente en la ley. Después, el Poder Ejecutivo verá cómo hace los llamados, en qué fecha, pero eso tiene que estar establecido en la ley.

Si la acción afirmativa es que dentro de la carrera administrativa los afrodescendientes pueden tener algún tipo de privilegio sobre los otros, eso también tiene que estar en la ley. Son cosas que no puede definir el Poder Ejecutivo pero, por supuesto que la línea no existe sino que hay una zona gris. Es uno de los temas de derecho constitucional más discutidos y desde el punto de vista de los derechos humanos, como lo demuestra la jurisprudencia internacional.

En cuanto a los perjudicados, siempre los va a haber. Lo que pasa es que puede haber casos muy difíciles de determinar y probar cuáles son. En la cuotificación parlamentaria, ¿cómo hacemos para saber exactamente que una persona de sexo masculino cedió, con base en la ley, su puesto a una mujer para que ingresara? Podemos discutir. Puede haber algún caso que sea claro que esa persona tuvo que bajar y quedó afuera, para dejar su lugar a una mujer que tenía muchos menos méritos posibles que él, pero en muchos casos va a ser difícil saberlo. Lo que importa es que los Allan Bakke existen siempre. Siempre hay uno, aunque no lo podamos identificar, que está pagando eso, y no podemos dejar de tenerlo en cuenta, porque esa persona está siendo discriminada por razones de sexo, por ser hombre, en el caso de las cuotas legislativas, y por no ser afrodescendiente, en el caso de las acciones a favor de los afrodescendientes.

En cuanto a si puede haber algún tipo de reclamación judicial en relación con el artículo 1°, en principio diría que no. Es una declaración; inclusive, dije que me parece una declaración más propia de la exposición de motivos que del texto. No se debería temer por una acción judicial.

Con respecto a lo que planteaba el señor Diputado Michelini, insisto en que estoy de acuerdo con las acciones afirmativas y con estas en particular relativas a los afrodescendientes. Creo que son constitucionales; simplemente, considero que hay que cumplir con ciertos requisitos y que si no se cumple con algunos de ellos va a haber inconstitucionalidad.

Lo del interés general es un tema que me obsesiona desde hace mucho tiempo. En el Uruguay se publicaron dos trabajos de doctrina que directamente hablan de la

subordinación de los derechos humanos al interés general. Con todo respeto por quienes escribieron eso, me hace acordar a la época que en el Uruguay se subordinaron los derechos humanos a la seguridad pública. Es más o menos lo mismo, y creo que no podemos aceptarlo. La solución es exactamente la contraria: todo se subordina a los derechos humanos y nada subordina a los derechos humanos.

En cuanto al texto, lo que planteé fue que estas declaraciones de interés general pueden ser interpretadas de dos formas. Una es un poco genérica en la cual el Poder Ejecutivo indica un camino a transitar; desde ese punto de vista, no hay ningún problema. El problema es que también puede ser interpretada de forma de que hay una subordinación de estos derechos a algo que llamamos interés general y que es bastante complicado saber qué es. Esto no lo planteé como un tema de inconstitucionalidad, porque tiene una interpretación que lo llevaría a ser constitucional o, por lo tanto, habría que descartarlo. Simplemente lo señalé porque es un tema que personalmente me preocupa mucho desde hace muchos años. No vengo tanto al Parlamento y no tantas veces me aparece este tema, por lo que no quise dejar pasar la oportunidad de mencionarlo, pero no hay mayores diferencias.

En cuanto al límite, a la reglamentación, ya lo hablé. Lo que se exige es que la ley establezca fin, contenido y poderes jurídicos. Hay un margen de actuación para el Poder Ejecutivo. Lo que no creo que sea constitucional es decir: adelante con las acciones afirmativas; todos llévenlas a cabo en la medida que cada uno quiera. No; creo que las medidas afirmativas que se habiliten tienen que estar establecidas en el texto de la ley, sin perjuicio de que después se complementen o se precisen en la reglamentación.

Ahora quisiera referirme a las becas.

Me parece que en los casos de discriminación, en general, siempre tenemos que analizar claramente la causa. La discriminación de los afrodescendientes, aunque parezca absurdo, es un problema de piel: por ser afrodescendientes no se les permite ingresar a determinados lugares. En esta discriminación hay que distinguir las causas.

Cuando los afrodescendientes no llegan a la universidad, o llegan en porcentajes muy inferiores al número que representan en la sociedad, no sé si no llegan por ser afrodescendientes o porque, en general, están ubicados en los sectores más pobres de la sociedad, y reciben peor formación, peor educación. Si eso es correcto, los afrodescendientes están en una situación de igualdad con todos los no afrodescendientes que están en el mismo lugar. Si blancos y afrodescendientes están en la misma situación, es decir que no pueden acceder a buena educación ni a buena formación, la distinción entre afrodescendientes y blancos me parece que podría generar un problema de constitucionalidad.

En el artículo 9º, al indicar las acciones afirmativas ya se explicita que son para la tercera edad, para los niños, etcétera, lo que me parece que también es un exceso. Creo que los núcleos a los que van dirigidas las acciones afirmativas tienen que estar establecidas en la ley y no puede permitirse que la autoridad administrativa, los Gobiernos Departamentales, etcétera, diseñen políticas en excepción al artículo 76 de la Constitución de la República.

SEÑOR MICHELINI.- En el caso de un Gobierno departamental que abre una residencia para estudiantes, y la única forma de acceder a ella es ser oriundo de ese departamento, ¿no es discriminación afirmativa por lo geográfico o territorial? ¿Eso es inconstitucional?

SEÑOR RISSO.- Eso no es discriminación; es un caso de desigualdad. Tendríamos que aplicar el triple test para ver si está justificado que un Gobierno departamental tenga, por ejemplo, una residencia en Montevideo para sus oriundos. Creo que el triple test se podría sustentar porque, en definitiva, se trata de dineros públicos de un departamento que se utilizan en beneficio de sus habitantes que, en este caso, están residiendo en otro departamento. Reitero: no es un caso de discriminación, sino de desigualdad

En las acciones positivas, cuando el Legislador interfiere dentro de una relación jurídica, hay un amplio margen para actuar y tendría que ser algo demasiado descabellado para encontrar una inconstitucionalidad.

Yo veo que los afrodescendientes no precisan las becas por ser afrodescendientes, sino porque están en sectores muy pobres. En esa situación de pobreza hay afrodescendientes y hay gente que no lo es. Entonces, ¿por qué destinar más becas a los afrodescendientes cuando hay personas que están en la misma situación?

SEÑOR PRESIDENTE.- ¿Y si yo le digo que dentro del 8% que se autodefine como afrodescendiente en el Uruguay hay una sobrerrepresentación de personas pobres? Porque el 50% de las personas pobres son afrodescendientes. ¿Eso no generaría una hipótesis de que la condición étnica contribuye a que esa gente esté en situación de pobreza? Porque hay una desigualdad en términos de lo que pesan en la torta de la población y lo que pesan en la torta de la pobreza.

SEÑOR RISSO.- Desde el punto de vista general, sí; no desde el punto de vista del daño a los perjudicados.

En este caso, ¿quiénes serían los Alan Bakke al momento de repartir las becas? No sería una persona con dinero, que tuvo una buena educación. El que pagaría eso sería una persona no afrodescendiente, pero que está exactamente en la misma situación de pobreza y de mala formación que el afrodescendiente.

Este tema ha sido muy estudiado en Estados Unidos, donde hay acciones afirmativas, porque sociológicamente las comunidades afroamericanas -usando la terminología norteamericana -se sitúan en los sectores más pobres de dicha sociedad. Entonces, se da exactamente la misma situación. Las universidades norteamericanas que tienen acciones afirmativas dan un cupo para los afrodescendientes, que normalmente vienen de esos entornos, pero no las da a blancos que están exactamente en el mismo entorno. Es ahí donde está el problema.

SEÑOR PRESIDENTE.- ¿Eso quiere decir que si yo hago una política social dirigida a jefas de familia en situación de pobreza y selecciono esa población, estaría discriminando a los jefes de familia varones que están en la misma situación de pobreza?

SEÑOR RISSO.- Habría que estudiar detenidamente el caso, a ver cuál es la solución y si se puede justificar o no.

Pero acá el problema es si las dificultades que tiene el afrodescendiente para acceder al mercado de trabajo, a la educación universitaria, a UTU, etcétera, se deben a su condición de afrodescendiente o a su condición de pobre. Si derivan de su condición de pobre no podemos discriminarlo, pero si se prueba que por ser afrodescendiente hay bloqueos especiales -por ejemplo, si ingresa a una institución universitaria y es segregado-, entonces sí se puede.

En Estados Unidos hay pruebas de ingreso a las universidades, e ingresan quienes obtienen los mejores puntajes. ¿Por qué los afrodescendientes tenían malos puntajes?

¿Por ser afrodescendientes? No. Si fuera así tendríamos que decir que los afrodescendientes -no lo digamos ni en broma -son menos inteligentes. Eso es inaceptable. Los afrodescendientes tienen malas puntuaciones porque en Estados Unidos viven en un entorno de pobreza donde reciben una mala educación, muy distinta a la que puede recibir la clase media o acomodada; esa diferencia es aún mayor que la que existe acá.

SEÑOR PRESIDENTE.- Agradecemos muchísimo al doctor Risso sus aportes; quizás le estemos solicitando por vía escrita alguna aclaración más.

(Se retira de Sala el señor Catedrático de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de la Ucudal, doctor Martín Risso)

(Ingresa a sala el Director del Instituto de Derecho Civil II y III de la Udelar, escribano Jaime Berdaguer)

—— La Comisión tiene el gusto de recibir al Director del Instituto de Derecho Civil II y III de la Udelar, escribano Jaime Berdaguer, para conocer su opinión acerca de un proyecto de ley relativo a la población afrouruguaya.

SEÑOR BERDAGUER.- Es un honor estar con ustedes para comentar el proyecto de ley.

Considero que las ideas fundamentales del proyecto están bien. El primer punto a considerar es si un proyecto de este tipo va o no contra el principio de igualdad, pero es un tema para un constitucionalista; el doctor Risso estuvo recién y lo habrá expresado con mucha más amplitud que lo que pueda hacerlo un civilista como yo.

La norma constitucional dice que todos somos iguales ante la ley, excepto las diferencias que puedan existir entre los talentos y virtudes. Esa es la idea general. Una de las formas de interpretar la igualdad es tratando en forma desigual a los desiguales. De acuerdo con la exposición de motivos de este proyecto, la idea es reparar una situación. El artículo 1º dice: "Reconócese que la población afrodescendiente que ha habitado el territorio nacional ha sido históricamente víctima de la discriminación [...]". O sea que está reparando algo, tratando en forma desigual a los desiguales, y eso es igualdad. Lo mismo pasa con la capacidad contributiva: uno que gana diez va a pagar menos impuestos que uno que gana veinte. En ese sentido, el principio de igualdad no es en absoluto alterado.

El artículo 3º dice: "Interprétese que las acciones afirmativas definidas en el artículo anterior, se encuadran en el cumplimiento del derecho a la igualdad establecido en los artículos 7, 8 y 72 de la Constitución de la República". En mi humilde opinión, la norma interpretativa puede serlo realmente cuando hay una expresión dudosa.

La norma interpretativa tiene dos posibles vicios, que hay que evitar. Un primer vicio de interpretación podría ser, por ejemplo, que una persona que firmó un contrato veinte años atrás tenía un campo jurídico, y si yo interpreto esto veinte años después, se lo estoy cambiando. Entonces, con la interpretación le estoy dando una retroactividad que puede lesionar derechos adquiridos.

El otro vicio de interpretación es que por más que yo interprete, o violo o no violo la igualdad ante la ley. Si la violo, por más que diga "interprétese", la violo, y si no la violo, sobra el artículo 3º. Entonces, lo que importa es si los demás artículos la violan, y yo entiendo que no. No puedo declarar que el agua del Río de la Plata es sólida o que dos más dos son cinco. No lo puedo interpretar porque dos más dos son cuatro y el agua del Río de la Plata es líquida. Entonces, si violo, violo, y si no violo, no violo,

independientemente del artículo 3º. Yo creo que no viola, pero podría sobrar, aunque puede ser una manera de que el legislador se cubra, mostrando que lo tuvo en cuenta. Eso puede tener una razón de otro tipo, de política legislativa, pero técnicamente, en una clase de derecho se saltearía: no se daría importancia a esto, sino a cómo es el régimen. Creo que ustedes lo van a mantener para dejar constancia de que lo tuvieron en cuenta, pero no porque agregue ni quite nada.

El artículo 7º dice: "[...] g) incorporen a la plantilla de la empresa personal de origen afrodescendiente. Los proyectos de inversión declarados promovidos, computarán por una vez y media [...]".Me parece bien. Es una manera de fomentar la inclusión y de evitar la discriminación, sin que se obligue. Si no se consigue una persona afrodescendiente que sirva, no se la tiene por qué tomar. Si se tiene la suerte de conseguirla, la tomarán en igualdad de condiciones para lo que sea.

Me parece muy positivo el artículo 6º, que habla de las becas, porque lo mejor que se puede hacer es fomentar la educación. Dice así: "Todos los sistemas de becas y apoyos estudiantiles, a nivel nacional [...]". Con esto estamos ayudando a nivelar de una forma lógica.

El artículo 4º dispone el 8% de los cupos laborales del Estado. Ahí hay un problema, pero no es de mi materia; correspondería a un laboralista. Por ejemplo, si está vacante un cargo alto en UTE o Ancap, el Directorio va a contratar al mejor porque ese cargo es decisivo, pero tal vez en otros cargos no tan decisivos se pueda cumplir con el 8%.

El principio de eficiencia es muy importante para el Estado, no solo para las empresas privadas. La Administración Pública tiene que buscar que los mejores estén en los cargos más altos para que cada ente, cada ministerio, marche lo mejor posible. Esa cifra del 8% creo que no afecta demasiado y es manejable.

Desde el punto de vista de mi materia, no hay mucho más que decir; sería oportuno que esto lo tratara un constitucionalista. Creo que el sentido del proyecto es bueno, busca una reparación histórica y en sustancia, fuera de algún detalle que hay que ver, por ejemplo el de ese 8% -no viola la igualdad. Se está tratando en forma desigual a los desiguales y todos sabemos que lo son. Tampoco se puede hacer algo muy drástico: hay que establecer un conjunto de principios y algunas normas concretas para que los resultados se vayan viendo con los años. Pienso que esa es la mejor manera de lograr un resultado, sin plantear ningún inconveniente administrativo.

SEÑOR CERSÓSIMO.- La consulta que queríamos hacer a la cátedra de Derecho Civil antes de aprobar esta ley refiere al reconocimiento general de culpabilidad o de la responsabilidad histórica del Estado uruguayo. Quisiéramos saber su punto de vista respecto a si esto puede dar lugar a reclamaciones de responsabilidad patrimonial o de otra naturaleza contra el Estado.

SEÑOR MICHELINI.- Agradecemos la presencia del escribano Berdaguer y sus aportes a esta Comisión respecto de un tema complejo, delicado y de alta sensibilidad.

El artículo 3° del texto en el que hemos ido avanzando es interpretativo del resto del articulado, en el entendido de que si no se incorpora, en caso de duda, se interpretaría de acuerdo a las normas generales que, si no me equivoco, están establecidas en la ley madre, el Código Civil que, a nuestro entender tiene una lógica distinta.

Por supuesto que el legislador presupone que lo que legisla es constitucional, más allá de que a veces algún integrante del Cuerpo sostenga que un artículo puede ser inconstitucional. Pero la voluntad del Cuerpo en el proceso legislativo presume la

constitucionalidad. La inconstitucionalidad hay que demostrarla; así lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia.

Entonces, a los efectos interpretativos del texto legal y de la Administración en caso de duda, se está incorporando un nuevo elemento a través del artículo 3° que, en definitiva, no cambia nada.

SEÑOR PRESIDENTE.- En el segundo inciso del artículo 1° se establece: "La presente ley constituye un acto de reparación de la discriminación histórica reconocida en el inciso anterior". Concretamente, queríamos estar seguros de que la inclusión de este concepto de reparación no involucrará demandas posteriores.

SEÑOR BERDAGUER.- Me parece que el artículo 3° no agrega nada, pero puede quedar; no me opongo en absoluto. Simplemente opino que no va a agregar nada en la medida en que el texto no viole el artículo 10.

El análisis del artículo 1° es más complejo. El Código Civil tiene sus reglas: si el sentido de la ley es claro, punto; si no lo es, se analiza la intención. Que la intención no sea violar la Constitución no importa: se viola o no.

Se pregunta sobre la posibilidad de una demanda contra el Estado después de un reconocimiento como el del artículo 1°. Aclaro que estoy pensando en voz alta; no quiero que quede como algo definitivo. Creo que todo reconocimiento es una especie de confesión; es un medio de prueba. El sentido de la ley es reparador, pero para reparar algo hay que confesar un ilícito; se puede decir que lo que se señala en los artículos no alcanza, y puede significar meterse en un callejón. Como jurista aconsejaría que un reconocimiento genérico se hiciese de forma limitada. Lo veo poco cauteloso. El problema sería que después se pretendieran más derechos de los que están acá -que en caso de empate, gana el otro, o cosas de ese tipo -y esto termine en un Juzgado, paralizando una decisión porque se da un litigio.

El artículo 2° me bastaría porque dice: "Declárase de interés general el diseño, promoción [...]". Está reconociendo que estuvimos mal. Imagínense que ustedes hicieran eso en favor de su vecino, el riesgo que correrían. Lo mismo sucede haciéndolo genérico respecto a toda una comunidad. Esa es mi humilde opinión.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Comprendemos lo manifestado por el profesor Berdaguer. En realidad, es lo que queremos: que alguien reflexione técnicamente con nosotros y dé algunos aportes. Por tanto, creo que se podría reflexionar un poco más sobre el tema, máxime teniendo en cuenta el principio de la reparación integral del daño. Aun cuando se diga que esto es suficiente, en función del marco jurídico y el estudio contextual de las diferentes normas que consagran el principio de reparación integral del daño, se podría hacer caer esta prevención que se toma, precisamente, para evitar posibles reclamaciones.

Entonces, a nosotros nos conformaría -creo que el Presidente de la Comisión lo va a sugerir -que el escribano Berdaguer nos acercara alguna reflexión, teniendo más tiempo para pensar detenidamente sobre este punto, ya que manifestó que necesitaba, por lo menos, veinticuatro horas para madurar su respuesta y su interpretación.

SEÑOR BERDAGUER.- Creo que en el artículo 2° habría que hacer una restricción; digo esto solo pensando en voz alta, ya que este artículo ya dice: "Declárase de interés general el diseño, promoción e implementación de acciones afirmativas [...]"

Creo que en este caso debe tenerse en cuenta lo que podría suceder en una situación privada. Por ejemplo, si yo reconozco ante un vecino que estuve mal ante determinada situación y le ofrezco cierta indemnización, el vecino puede decir que está bien, pero que quiere más. En resumen, en este caso, se podría dar la misma situación, pero con carácter a toda una comunidad. Entonces, puede aparecer la demanda, que lleva años, la intervención del Poder Judicial, etcétera, y no creo que esa sea la idea. En realidad, creo que lo que se busca es ofrecer una ayuda a este colectivo pero sin generar un problema o un conjunto de juicios.

SEÑOR PRESIDENTE.- Agradecemos la presencia del señor escribano Berdaguer, y nos plegamos a la sugerencia realizada por el señor Diputado Cersósimo. Si puede hacer llegar a la Comisión alguna reflexión escrita sobre este punto se lo agradeceremos mucho.

(Se retira de Sala el señor Director del Instituto de Derecho Civil II y III de la Udelar, escribano Jaime Berdaguer)

(Ingresa a Sala el doctor Gonzalo Aguirre)

—— La Comisión tiene mucho gusto en recibir al doctor Gonzalo Aguirre, a quien le agradecemos su presencia.

Como usted sabrá, esta Comisión tiene a estudio un proyecto de ley tendiente a llevar adelante acciones afirmativas hacia la población afrodescendiente o afrouruguaya, y nos gustaría conocer su opinión. Seguramente, habrá recibido varios repartidos que marcan la evolución de la discusión y de los acuerdos alcanzados en la Comisión; la columna derecha del comparativo que le fue enviado contiene el texto sobre el cual nos gustaría que hiciera algunos comentarios.

Sabemos que el doctor Aguirre es un viejo conocedor de la dinámica parlamentaria, por lo que sin más preámbulos le damos la palabra.

SEÑOR AGUIRRE.- Ante todo, quiero agradecer la invitación de que he sido objeto para dar mi opinión, fundamentalmente desde el punto de vista jurídico, sobre este proyecto de ley tendiente a corregir -ya que pienso que es imposible eliminar por completo -los males que causa la discriminación racial, particularmente referida, en este caso, a la comunidad que se ha dado en llamar afrodescendiente, existente en Uruguay desde siempre.

Al mirar los papeles que traje caí en la cuenta de que me olvidé de lo principal. Cuando estudié el proyecto -para despuntar el vicio -redacté modificaciones a algunas de las disposiciones y realicé pequeños correctivos, agregados y comentarios, pero no traje esos apuntes, por lo que deberé confiar en mi memoria.

SEÑOR PRESIDENTE.- De todos modos, sería bueno que nos pudiera acercar esos comentarios por escrito.

SEÑOR AGUIRRE.- No tengo inconveniente en acercar ese documento a la Secretaría de la Comisión.

En primer lugar, aunque el trabajo de la Comisión ha ido avanzando y se está considerando la redacción que figura en la columna derecha del comparativo, que tiene el título de "Modificaciones con acuerdos y puntos a discutir Bango- Abdala" -supongo que Bango es el señor Presidente de la Comisión y Abdala es el señor Diputado Pablo Abdala-, quiero hacer un breve comentario sobre el proyecto original, firmado por Diputados y Diputadas del Frente Amplio.

En líneas generales, comparto el objetivo del proyecto pero, de todos modos, quiero decir que el artículo 1°, que se titulaba "Objeto de la ley", daba una explicación de por qué motivo se presentaba este proyecto de ley, lo cual me hace acordar al artículo 1° de la ley de caducidad, que por razones políticas traía una explicación por qué se sancionaba esa norma. Esa aclaración fue objeto de una de las críticas que se hizo a esa ley y no es de buena técnica legislativa que lo que debe ir en la exposición de motivos se incluya en el articulado.

Por otra parte, el artículo 2° -con esto termino el comentario -tenía por "nomen iuris": "Definición de acciones afirmativas". Yo siempre sostengo, aunque hay excepciones -el Código Civil contiene definiciones de las figuras contractuales que regula para caracterizarlas jurídicamente-, que la función de la legislación no es dar definiciones, sino establecer disposiciones y regular conductas, ya sea para prohibirlas, como es el caso de las normas penales, o para imponer obligaciones, como es el caso de las normas tributarias o, en caso de tratarse de una legislación referida a organismos públicos, establecer sus cometidos o competencias. Pero veo que esto ya ha sido corregido.

En cuanto al artículo 1º del proyecto, lo comparto. Creo que este reconocimiento responde a una realidad histórica. Esta discriminación siempre existió y no me parece mal que se diga que la presente ley constituye un acto de reparación de la discriminación histórica reconocida en el inciso anterior. A esto le había hecho una pequeña modificación de redacción que no tiene importancia.

Sin embargo, no comparto que se diga que estos hechos de "discriminación racial y de estigmatización desde el tiempo de la trata y tráfico esclavista," -que, por cierto, existieron -"definidas estas últimas como crimen de lesa humanidad por el derecho internacional". Creo que esto, históricamente, no es correcto. Actualmente, el derecho internacional lo define como crimen de lesa humanidad, pero históricamente y cuando la discriminación era más severa de lo que es actualmente no existían normas de derecho internacional que calificaran estas prácticas lamentables, criticables, como crímenes de lesa humanidad.

El artículo 2° dice: "Declárase de interés general el diseño, promoción e implementación" -yo había agregado el término "aplicación" porque, después, esto hay que traducirlo en acciones prácticas -"de acciones afirmativas", de las cuales da una definición. Considero que es mejor eliminar la definición, porque puede pecar por imprecisión y, además, está referida únicamente al ámbito estatal, porque dice: "conjunto de medidas legislativas, administrativas y de políticas públicas".

Creo que las acciones afirmativas tienen que provenir de los ámbitos estatales y también de los privados, como lo establece a continuación, cuando dice: "en los ámbitos público y privado, dirigidas a los integrantes de la comunidad afrouruguaya," -aprovecho para decir que considero mejor decir "afrodescendiente" porque, aunque sea un porcentaje mínimo, es casi seguro que en el Uruguay hay afrodescendientes que no son de nacionalidad uruguaya -"con el propósito de mitigar y contribuir a erradicar la discriminación, garantizando el pleno ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales".

Estoy plenamente de acuerdo con la última parte de la redacción. Yo le agregaría también los derechos laborales, porque es en el terreno laboral donde se nota con mayor intensidad, a veces, la discriminación.

El artículo 3° dice: "Interprétese" -será: interprétase -"que las acciones afirmativas definidas en el artículo anterior se encuadran en el cumplimiento de los artículos 7, 8 y 72

de la Constitución de la República," -con lo cual estoy de acuerdo desde el punto de vista jurídico -"en tanto garantizan el pleno goce de los derechos establecidos," -diría: reconocidos, porque nuestra Constitución, por su filiación iusnaturalista, parte de la premisa de que esos derechos son preexistentes por ser inherentes a la personalidad humana, como dice el artículo 72 de la Constitución -"la igualdad entre los habitantes de la República," -que va a ser muy difícil de alcanzar, pero está bien que la ley lo establezca, por lo menos como un objetivo a seguir -"y los derechos y garantías que derivan de la personalidad humana" -expresión que, evidentemente, está tomada del artículo 72 de la Constitución.

Aquí hay una modificación de la numeración; primero está el artículo 5° y luego el 4°.

El artículo 5° dice: "Encomiéndase al Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional (INEFOP)". Confieso mi ignorancia sobre la existencia de este Instituto, pero me parece bien que exista, por supuesto.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Ese Instituto hoy lleva recaudado US$ 70:000.000; así que sería bueno tomar conocimiento de su existencia.

SEÑOR AGUIRRE.- Continúo con la lectura del artículo: "[...] la inclusión de cupos para la población afrouruguaya en los diversos programas de capacitación y calificación que implemente".

Me parece una disposición correcta, positiva.

El artículo 4° dice: "Dispóngase el 8% de las vacantes laborales del Estado (administración central, entes autónomos y servicios descentralizados y gobiernos departamentales) para las personas afrouruguayas".

Aquí voy a hacer dos observaciones. En primer lugar, disponer en la ley una cuantificación de las vacantes que se proveerían con esta finalidad, me parece que no se ajusta a la realidad, porque si bien se trata de proveer vacantes en un organismo público, puede haber afrodescendientes que estén desocupados o que quieran mejorar su situación laboral y se presenten a ocuparlas. Pero, en realidad, el 8% de la población de Uruguay, que creo que el último censo estimó en alrededor de 3:300.000 personas, son 264.000 personas, muchas más que los afrodescendientes que existen en nuestro país; no tengo cifras a mano, pero creo que habrá unos 30.000 o 40.000 como mucho.

La segunda observación que hago es de carácter constitucional. Considero que los Entes Autónomos y los Gobiernos Departamentales disponen de un grado de autonomía en materia de provisión de empleos y en cuanto al Estatuto de sus funcionarios, que los debe poner por fuera de la legislación nacional en esa materia. El artículo 62 de la Constitución dice: "Los Gobiernos Departamentales sancionarán el Estatuto para sus funcionarios, ajustándose a las normas establecidas en los artículos precedentes [...]". Además, el artículo 273, que enuncia las competencias de la Junta Departamental, y el artículo 275, que hace lo propio con las atribuciones de los Intendentes, establecen -no recuerdo el numeral -que es atribución de uno y otro órgano proveer los empleos, es decir, nombrar a sus funcionarios. Por consiguiente, considero que no es conveniente mencionar aquí a los Gobiernos Departamentales y a los Entes Autónomos que, respecto al Estatuto de sus funcionarios, tienen la facultad solamente de proyectarlo y someterlo a la aprobación del Poder Ejecutivo. Considero que sería mejor referir a la Administración Central y al Poder Judicial, que está incluido en la enunciación del artículo 59 de la Constitución, cuyo literal B) refiere al Poder Judicial y al Tribunal de lo Contencioso Administrativo

Entonces, se podría hacer una remisión genérica al artículo 59 -que es el que establece que "La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario" -de modo de que queden comprendidos en esta norma -todos los organismos que están mencionados en los distintos literales de dicho artículo.

En el artículo 6º se establece: "Todos los sistemas de becas y apoyos estudiantiles, a nivel nacional y departamental deberán incorporar cupos para personas afrouruguayas en la resolución y asignación de las mismas. La Beca Carlos Quijano" -no sabía que existía una beca con el nombre de este eminente ciudadano compatriota fallecido -"(artículo 32, Ley N° 18.036) asignará un 30% del fondo" -parece que se ha recaudado y se ha formado un fondo -"para personas afrouruguayas". No disiento con esta disposición, que me parece correcta.

Luego, el artículo estipula: "A efectos de que niños, niñas y jóvenes afrouruguayos cursen los ciclos de educación inicial, primaria, media básica y media superior, el Fondo de Solidaridad (Ley N° 16.524)" -supongo que es el que recauda la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios -"asignará un porcentaje de su recaudación en acuerdo con el Ministerio de Educación y Cultura, que lo administrará". A continuación, entre paréntesis se aclara: "A discutir". Quiere decir que todavía no ha habido acuerdo sobre este punto. Por lo tanto, no voy a pronunciarme al respecto, porque está en proceso de discusión. No obstante, diré que tengo mis dudas acerca de cuáles serían las atribuciones del Ministerio de Educación y Cultura como administrador de ese fondo, porque no sé si eso colide con la ley que creó el Fondo de Solidaridad, pero como en el repartido que recibí no figura la Ley N° 16.524, no puedo asegurarme.

El artículo 7º agrega al inciso tercero del artículo 11 de la Ley N° 16.906, de 7 de enero de 1998, un literal g) cuya lectura voy a ahorrar. Comparto plenamente esta disposición.

En el articulo 8º se señala: "Se considerará de interés general que los programas educativos" -yo diría "de historia", porque se trata de una cuestión histórica -"y de formación docente, cuando corresponda, incorporen el legado de las comunidades afrodescendientes en la historia, su participación y aportes en la conformación de la nación, incluyendo el pasado de esclavitud, trata y estigmatización de las mismas". Comparto la intención, la "ratio legis" de la norma, pero me genera la duda de que pueda haber colisión con la autonomía de lo que el artículo 202 de la Constitución llama entes de enseñanza pública, porque se corre el riesgo de ingresar en una materia que es específica de la especialidad del ente, que es la de establecer y dictar sus programas en todas las asignaturas. De todos modos, esto no llega al extremo de lo que ocurrió en 1928 con un proyecto de ley que no llegó a sancionarse, pero que se consideró con motivo de una larga huelga en la Facultad de Derecho, originado con un conflicto de los estudiantes con el Decano de la época, que era el codificador José Irureta Goyena. En aquella circunstancia, la Cámara de Diputados llegó a discutir cuántos períodos de examen debía haber por año y, de hecho, estableció cuántos tenía que haber en la Facultad de Derecho. Entonces, la Comisión de Constitución del Senado, integrada por aquel gran jurista que era el doctor Raúl Jude, por el doctor José Pedro Massera y por mi abuelo, el doctor Juan Andrés Ramírez, observó el proyecto, con el argumento de que lesionaba la autonomía de la Universidad, concretamente, en la Facultad de Derecho, porque no era materia de la legislación determinar cuántos períodos de examen debía haber en una Facultad.

El artículo 9º también está en discusión; por lo tanto, como hice con respecto al artículo 6º, en principio, me abstendré de emitir opinión. De todos modos, hago la siguiente observación: según este artículo, todos los organismos públicos -la norma no hace distinción -debieran "realizar un informe periódico que explicite las acciones afirmativas llevadas adelante en el marco de sus cometidos en el ámbito del empleo, la educación, el deporte, la cultura, el acceso a los mecanismos de protección", etcétera. Yo hice la siguiente reflexión: la intención es correcta, pero hay organismos públicos que no tienen nada que ver con estas materias, que no tienen entre sus cometidos la menor vinculación con políticas de empleo, de educación, de deporte ni de cultura. Pongo como ejemplo la UTE, el Banco de la República, Antel y Ancap. ¿Qué van a informar respecto de qué han hecho en el ámbito del empleo, la educación, el deporte y la cultura si eso no tiene nada que ver con sus cometidos específicos?

Por último, el artículo 10 establece que el Poder Ejecutivo reglamentará esta ley previo informe de la Comisión Nacional y Honoraria de la lucha contra el Racismo, la Discriminación y la Xenofobia -confieso que no la conocía; me parece muy bien que exista-, "solicitando la opinión a los actores vinculados a la colectividad afrouruguaya". En este punto hago una observación de carácter constitucional, que no es muy importante, pero creo que procede. La competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo está establecida en el numeral 4º) del artículo 168 de la Constitución. A veces, el Poder Ejecutivo no la ejerce, pero debería hacerlo; esa es una cuestión de hecho que atañe no solo al Poder Ejecutivo actual, sino a todos los anteriores.

Me parece que la Constitución otorga esta facultad al Poder Ejecutivo en forma incondicionada, es decir, el Poder Ejecutivo no puede estar sujeto a un condicionamiento previo que, mientras no se cumpla, le impida reglamentar la ley. Por eso, creo que esto habría que redactarlo de otra manera, por ejemplo, diciendo que, con motivo de la reglamentación de la ley, se faculta al Poder Ejecutivo a pedir un informe previo de la Comisión Nacional y Honoraria de la lucha contra el Racismo, la Discriminación y la Xenofobia, así como a solicitar la opinión de los actores vinculados con la colectividad afrouruguaya. Aclaro que quizás habría que hablar de los actores destacados o notorios; de lo contrario, en los hechos podría surgir alguna confusión en cuanto a quién o a quiénes se les solicitará opinión.

Con esto doy por concluidos mis comentarios acerca del proyecto de ley, pero agregaré algo más, porque cuando estaba entrando a Sala el Diputado Cersósimo me comentó que le preocupaba que esta norma pudiera generar responsabilidad del Estado a tenor del artículo 24 de la Constitución. Tengamos en cuenta que este artículo establece la responsabilidad civil del Estado, pero parte de la premisa de que esta se genera en todos los órganos estatales -no se excluye a ninguno -"con motivo del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección". Es decir que tiene que haber un daño. Yo no creo que la aplicación de esta ley -cuando sea tal, porque tengo la impresión de que va a ser sancionada por ambas Cámaras en más o menos tiempo -vaya a generar daño a terceros. Quizás me equivoque y un día el Estado tenga que enfrentar una demanda de alguien que se sienta perjudicado, pero no me parece que esa sea una posibilidad cierta. Más bien me parece una posibilidad remota o que entra en el campo de las hipótesis de laboratorio, como decimos los juristas.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Una de las dudas que queríamos que nos respondiera el querido amigo doctor Gonzalo Aguirre es, precisamente, la que acaba de contestar.

La otra tiene que ver con algunas opiniones ya vertidas en la bibliografía de derecho constitucional o en alguna información técnica o asesoramiento que recibimos. Refiere a si esta discriminación que se hace para otorgar el privilegio de ingreso a la función pública no colide con los artículos 8° o 9° de la Constitución o con el que establece la igualdad y equidad en la distribución del trabajo y del empleo público. Al respecto, hay afirmaciones como esta: "Esto significa, ni más ni menos, que repugnaría a nuestro sistema reservar determinados privilegios, como la preferencia para ocupar determinados cargos públicos por razones 'jus sanguini', para cierto sector identificado de nuestra sociedad a quien se identifica con un determinado origen real o imaginario.- El fundamento de nuestro sistema es que no puede distinguirse entre personas, que son iguales, ni corresponde beneficiar a algún individuo porque es portador de determinada carga étnica o genética, concepción que, por añadidura, tan malos antecedentes tiene en la historia de la humanidad". Por otra parte, el origen étnico, el color de la piel, la pertenencia a cierta manifestación cultural, no son talentos ni virtudes, por lo que la ley no debería distinguir a las personas para otorgarles beneficios especiales. Básicamente quería hacer estas referencias para que el doctor Gonzalo Aguirre nos hiciera alguna reflexión sobre el artículo 8° de la Constitución.

SEÑOR AGUIRRE.- Por cierto, no esperaba esta pregunta, pero sí puedo hacer una reflexión sobre el artículo 8° de la Constitución. El artículo dice que todas las personas son iguales ante la ley; no dice que todas las personas sean iguales, porque es un dato de la realidad que no lo son. Unas personas son ancianas, otras son niños; unas personas somos del sexo masculino y otras del sexo femenino. Unas personas tienen una salud plena y otras nacen enfermas o discapacitadas; no es exacto que todas las personas sean iguales.

Lo que establece el artículo es que la ley debe dar un tratamiento igual a todas las personas que se hallan en iguales condiciones, creo que así se interpretaba el principio de igualdad en los comentarios de la Constitución nacional que figuran en el tomo primero de la edición del Senado, siguiendo las enseñanzas de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Es decir, todas las personas deben recibir de la ley un trato igual si están en iguales condiciones. Pero, por el contrario -y esto es aceptado también por la Jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia-, si están en situación desigual, es válido, sin infringir este principio del artículo 8°, legislar para grupos o clases sociales de modo de tratar de corregir la desigualdad. Eso no va contra el principio de igualdad, sino, por el contrario, trata de acercarlo a la realidad.

Me genera más dudas el artículo 55 de la Constitución cuando dice que la ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo. Parece que aquí no se está reglamentando la distribución del trabajo en forma equitativa, porque, evidentemente, se está favoreciendo a un sector de la sociedad. Pienso también que debemos partir de la realidad. En la realidad, en el presente y en el pasado ¿ha habido, respecto de la comunidad afrodescendiente, una distribución equitativa del trabajo? Yo creo que no; creo que, lamentablemente, es uno de los aspectos en que más han sido discriminados.

Entonces, con algunas dudas, me inclino a considerar que este proyecto de ley no viola el principio de igualdad ni el artículo 55 de la Constitución, lo que no pone a salvo a nadie de que mañana aparezcan personas iniciando acciones de inconstitucionalidad contra la ley por esa razón. No creo que vayan a tener éxito en tal supuesto, porque la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia respecto del principio de igualdad, lamentablemente, es enormemente restrictiva.

Es excepcionalísimo que la Suprema Corte de Justicia declare inconstitucional una ley por violar el principio de igualdad. En la historia legislativa del país, hay decenas de leyes que deben violar el principio de igualdad, pero, de todas maneras, la Constitución consagra el derecho de todo habitante de la República, no ya ciudadano, de solicitar el amparo de la Suprema Corte de Justicia a los efectos de que declare inconstitucional una ley. Si no tiene éxito, bueno, es lo que nos pasa a veces en la práctica a los abogados que ejercemos en esta materia.

SEÑOR MICHELINI.- En primer lugar, agradezco la presencia del doctor Gonzalo Aguirre y sus observaciones sobre los proyectos y sus comentarios en general.

Mi pregunta tiene que ver con el último artículo, sobre la reglamentación de la ley. El proyecto de ley original de la bancada del Frente Amplio ha ido evolucionando en el sentido de ir corrigiendo el texto de acuerdo con algunas observaciones que el propio doctor Gonzalo Aguirre establecía. La voluntad que se ha ido construyendo en esta Comisión es que la reglamentación del Poder Ejecutivo no sea facultativa a la consulta de esta Comisión Honoraria Contra el Racismo, la Xenofobia y Toda Forma de Discriminación, sino que haya una consulta expresa, preceptiva. Tal vez incluir el giro de "previo informe" podría ser contraproducente, porque el Poder Ejecutivo podría decir que no puede reglamentar, puesto que no recibió el informe.

De todos modos, me parece que se podría buscar otro giro mediante el cual el Poder Ejecutivo tenga que pedir el informe a la Comisión, lo cual iría en la misma línea que cuando el Parlamento le impone que ese cometido constitucional de reglamentar no sea "sine die", sino que tiene un plazo. He visto muchas leyes que dicen: el Poder Ejecutivo reglamentará esta ley en el plazo de noventa días.

Entonces, yo no veo la inconstitucionalidad.

SEÑOR AGUIRRE.- Comprendo perfectamente y comparto la finalidad que se persigue: acotar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo y que no pueda reglamentar la ley sin consultar a nadie, pero mantengo que, al menos, sería dudosa la constitucionalidad de ese condicionamiento. De todas maneras, no sería una inconstitucionalidad grosera o flagrante, por la cual alguien se vaya a escandalizar.

Los plazos que se suelen poner en la ley al Poder Ejecutivo dan para alguna reflexión. Ocurre que, a veces, se le pone plazo y el Poder Ejecutivo lo ignora: reglamenta al año, a los seis meses o, lo que es peor, nunca. No hay un mecanismo constitucional para que el Paramento obligue al Poder Ejecutivo a cumplir con su deber de reglamentar la ley.

SEÑOR PRESIDENTE.- Agradecemos mucho su presencia.

(Se retira de Sala el doctor Gonzalo Aguirre)

—— La Comisión pasa a intermedio hasta la hora 13.

(Es la hora 12 y 30)

—Continúa la sesión.

(Es la hora 13)

(Ingresa a Sala el señor Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UDE, doctor Ruben Correa Freitas)

La Comisión de Población y Desarrollo Social tiene el gusto de recibir al doctor Ruben Correa Freitas, a quien hemos invitado -y agradecemos su respuesta afirmativa a la invitación cursada -para consultarle respecto del proyecto de ley que está a consideración de esta Comisión, que es el proyecto de acciones afirmativas para la población afrodescendiente o afrouruguaya. En virtud de ello, queríamos escuchar su opinión al respecto.

SEÑOR CORREA FREITAS.- Muchas gracias.

Señor Presidente: en primer lugar, quiero expresar mi agradecimiento por el honor de haber sido invitado para informar a esta Comisión sobre el proyecto de ley a estudio.

También quiero expresar mi agradecimiento por haberme permitido comparecer a esta hora ante la Comisión -que quizás no sea la mejor-, pero mis obligaciones docentes en la Escuela Nacional de Policía, en el kilómetro 12 de Camino Maldonado -donde doy clases los días jueves de 10 y 30 a 12 y 30 -me llevaron a realizar este planteo. Agradezco la comprensión del señor Presidente y demás miembros de la Comisión.

Con relación al asunto que nos convoca en la tarde de hoy, que es el proyecto de ley sobre afrodescendientes, estimo que es un proyecto de ley sumamente interesante. Cuando lo recibí, me generó una reacción muy positiva, porque, en definitiva, trata de un tema muy delicado que, muchas veces, en la sociedad uruguaya lo hemos escondido y no lo hemos encarado. Por lo tanto, creo que es bueno que el legislador también se ocupe de estos temas.

Se podrá discutir o tener opiniones diferentes en cuanto al grado de discriminación que hayan podido sufrir los afrodescendientes en nuestro país. Naturalmente, en los tiempos que vivimos, en pleno Siglo XXI, año 2012, no se trata de la misma sociedad que podíamos tener hace cincuenta o treinta años atrás. Pero, de todas maneras, el planteo me parece interesante.

Seguramente, la razón por la cual ustedes me han convocado a esta Comisión es para analizar el tema de la constitucionalidad del proyecto de ley, es decir, en qué medida se ajusta o no a las disposiciones de la Constitución uruguaya, en especial, al artículo 8º, que consagra el derecho de igualdad. Este derecho es sumamente interesante porque es uno de los pocos -diría que, junto al derecho a la vida, son los únicos -derechos que no admite limitaciones.

El artículo 8º de la Constitución uruguaya, a diferencia de otras disposiciones en materia de derechos, no autoriza o no legitima al legislador para establecer restricciones al principio de igualdad. Ello nos lleva a que la Constitución, con un artículo que tiene su origen en la Constitución de 1830, establece que todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción ente ellas, sino la de los talentos o las virtudes. Esto lleva que en otras constituciones más modernas, como la Constitución española del año 1978, se afirme categóricamente que no se pueden hacer discriminaciones de ningún tipo por razones de sexo, de raza, de religión, etcétera. Las Constituciones más modernas en el derecho comparado tienen una definición más precisa, prohibiendo la discriminación por razones de sexo, de religión, de raza, entre otras.

Naturalmente, la Constitución uruguaya con esta disposición tan amplia -así lo ha entendido siempre nuestra doctrina constitucional y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia -también impide hacer cualquier tipo de discriminación. De todas maneras, tenemos que reconocer que en la propia Constitución uruguaya hay algunas disposiciones que establecen discriminaciones afirmativas. Es decir, lo que está prohibido y lo que surge, por ejemplo, de la Décimocuarta Enmienda a la Constitución

norteamericana de 1787, es la discriminación negativa; o sea, discriminar a las personas, por ejemplo, porque son mujeres o, frente a una situación, porque sea de una raza determinada, o porque profese alguna religión determinada. Esas son concretamente las discriminaciones negativas. Si repasamos el texto constitucional uruguayo, nos encontramos con que hay disposiciones, por ejemplo, sobre la minoridad y esto es una forma de discriminación, pero de discriminación positiva. Es decir, el propio constituyente se ha preocupado de regular, de reglamentar disposiciones especiales para la minoridad.

Hay otra situación que prevé la Constitución uruguaya, por ejemplo, en lo que refiere a la salud. El artículo 44 de la Constitución establece: "[...]. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes". Acá encontramos una discriminación cuando refiere a los indigentes o carentes de recursos. La Constitución nos dice que en este caso el Estado les tiene que proporcionar gratuitamente los medios de prevención y asistencia.

El artículo 46 de la Constitución establece: "El Estado dará asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo". Esta es otra discriminación. La doctrina y la jurisprudencia a nivel del derecho comparado la llama discriminación por afirmación positiva.

En artículo 85 de la Constitución dispone las competencias del Poder Legislativo. El numeral 3º) de este artículo expresa: "Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales y fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio interior y exterior". Esta es otra forma de discriminación, pero positiva.

¿Cuáles son los tipos de discriminación que admite la doctrina y, en general, la jurisprudencia? Fundamentalmente, lo que ha tomado la doctrina es lo que ha dicho la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país; debemos tener en cuenta, sobre todo, la jurisprudencia a nivel del derecho comparado. Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los Tribunales Constitucionales europeos -el alemán y el español, en especial, que se han pronunciado sobre este tema -y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En ese sentido, en toda esa jurisprudencia se establece con precisión que cualquier discriminación que pueda hacer la ley tendrá que ser una discriminación que tenga una base racional, objetiva y que no sea arbitraria. Es decir, se exige la razonabilidad, la racionalidad y que esa discriminación sea positiva, afirmativa, objetiva y no arbitraria. A lo largo del tiempo diversas leyes en nuestro país han establecido disposiciones para sectores especiales como, por ejemplo, los inquilinos. Recordemos lo que fueron las viejas leyes de alquileres, por ejemplo, para los inquilinos buenos pagadores, las leyes con respecto a los deudores del sistema financiero en el período 2000- 2005, las anteriores de refinanciación de deudores del sector agropecuario, o las que protegen a los pequeños propietarios o pequeños productores rurales. Se trata de leyes que respetan el principio de igualdad; sin embargo se aprueba una disposición legal, especial, para determinados sectores. Eso es lo que se ha denominado discriminación afirmativa o positiva.

Yo creo que el ejemplo más emblemático, que está en la línea de lo que plantea este proyecto de ley, es lo que ha pasado, por ejemplo, en las Universidades norteamericanas. Existe un caso de una sentencia del año 1978, de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, en la que un estudiante llamado Bakke promovió una

inconstitucionalidad contra una Universidad de California, precisamente, porque allí se estableció una cuota de ingreso del 10% para los afrodescendientes. ¿Qué fue lo que alegó este estudiante? Que a pesar de que en el concurso tuvo notas muy superiores a las que habían obtenido los afrodescendientes, no pudo ingresar a la Universidad, debido a ese 10% de la cuota. ¿Qué fue lo que argumentó la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en un fallo redactado por el Juez Powell? Estableció que esa reglamentación de la Universidad de California no violaba la enmienda Nº 14 de la Constitución norteamericana, que consagra el principio de igualdad, porque allí hay una afirmación positiva a favor de un grupo étnico especial, como el de los afrodescendientes. Hay mucha jurisprudencia en los Estados Unidos, fundamentalmente referida a los temas universitarios. En la Universidad de Michigan también ha habido sentencias al respecto. El Tribunal Constitucional Español también se ha pronunciado en el mismo sentido en relación a la jurisprudencia norteamericana, así como también la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De manera que, desde ese punto de vista, estimo que el proyecto de ley no viola el principio de igualdad consagrado por el artículo 8º de la Constitución de la República. Se trata de un proyecto de ley que se inscribe dentro de lo que la jurisprudencia internacional y la doctrina de Derecho Constitucional manifiestan como acciones afirmativas de discriminación. Insisto: lo que está prohibido por la Constitución es la discriminación negativa.

Dado que la Comisión me ha hecho el honor de invitarme, voy a señalar, muy respetuosamente según mi experiencia como ex Director de la Oficina Nacional del Servicio Civil, el porcentaje de las vacantes que prevé el artículo 3º del proyecto. Me parece que hay dos aspectos a considerar. En primer lugar, analizar realmente cuánta es la población afrodescendiente en nuestro país. Hay que tener mucho cuidado con esto porque, según mi larga experiencia de treinta y ocho años en la administración pública y por el hecho de ejercer la profesión de abogado -también desde hace treinta y ocho años -puedo señalar que los uruguayos somos muy especiales. Por lo tanto, creo que van a aparecer muchos afrodescendientes en este país, a raíz de estas leyes. En este sentido, hay que tener mucho cuidado con respecto a los criterios. Creo que la ley tiene que prever especialmente cuáles son los datos genéticos que realmente llevan a establecer que una persona es afrodescendiente o, por lo menos, que haya datos objetivos aportados por técnicos, por el Ministerio de Salud Pública, por el Instituto Técnico Forense, etcétera, que den la certeza de que estamos frente a ellos. Digo esto debido a una experiencia que viví -seguramente muy conocida por todos ustedes-, cuando tuve a mi cargo la restitución de funcionarios públicos que habían sido destituidos durante el régimen militar, a quienes, de acuerdo con la Ley Nº 15.783 se les otorgó el derecho de promover su reingreso a la Administración. En aquel momento, las organizaciones gremiales en las reuniones de la Conapro estimaban que los destituidos durante el régimen de facto, durante la dictadura militar, aproximadamente eran ocho mil, presentándose un total de treinta mil personas reclamando el amparo de la Ley Nº 15.783.

Sería interesante ver la jurisprudencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil y los expedientes de aquella época y puedo asegurar que tan alto porcentaje no había sido perseguido por nadie. Entonces, lamentablemente, en estos temas hay que ser muy rigurosos para ver exactamente cuál es la población afrodescendiente, cuáles son los datos genéticos que permiten afirmarlo, a fin de que realmente sea esa la población beneficiada por este proyecto de ley y no otros que van a buscar algún antecedente o alguna pigmentación especial de la piel para justificar su condición.

Ese es el primer aspecto que hay que delimitar claramente, porque estoy seguro de que en nuestro país no es muy alto el número en relación al total de la población.

El segundo aspecto que me parece importante es este 10% de las vacantes. Me parece que es muy alto y que habría que analizarlo. Por supuesto que será una decisión política del Parlamento, pero creo que es un porcentaje demasiado elevado, tomando en cuenta que ya existe una norma que ha ofrecido muchos problemas para su aplicación, que es la que prevé un porcentaje de las vacantes para el ingreso de discapacitados. Esa ley tiene muchos años en nuestro país pero, lamentablemente, siempre ha habido dificultades para su aplicación práctica. Sin duda, creo que es una buena ley, ya que estoy totalmente de acuerdo con asignar un porcentaje de las vacantes que se producen en la Administración Pública para los discapacitados. Sin embargo, si se considera asignar otro 10% a la población afrodescendiente, se deberá tener en cuenta el porcentaje total de vacantes que se produce por año en la Administración Pública. Sabemos que por año se producen aproximadamente tres o cinco mil vacantes por año en la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, por lo que el porcentaje de puestos a asignar significará un número importante. Por tanto, creo que habrá que analizar la pertinencia de relacionar a la población afrodescendiente en condiciones de ingresar a la Administración Pública, con el número de vacantes. De todos modos, este tema deberá ser analizado por la Comisión y luego por las Cámaras; sin duda, la decisión política le corresponde al Parlamento.

En líneas generales, esto es lo que quería informar a la Comisión; quedo a sus órdenes para evacuar las dudas o aclaraciones que estimen pertinente.

SEÑOR CERSÓSIMO.- En primer lugar, quiero dar la bienvenida al doctor, profesor y ex legislador Correa Freitas.

En toda discriminación, por supuesto también con las acciones positivas, ya que también es una forma de discriminación, hay perjudicados. Por lo tanto, quisiera saber si el doctor Correa Freitas, según su criterio, experiencia y conocimiento, puede determinar quiénes serían los perjudicados por esta discriminación afirmativa.

También quisiera saber si sería conveniente que las acciones discriminatorias afirmativas tuvieran un plazo o un período limitado, al igual que el cupo para el ingreso de las personas afrodescendientes a la Administración Pública, establecido en el proyecto.

Finalmente, sin perjuicio de formular alguna otra pregunta más adelante, me gustaría saber si el criterio de discriminación puede ser el color de la piel. Porque ¿cuál es la desigualdad que existe entre los seres humanos por el color de la piel? Ninguna; por tanto, pensamos que el punto de vista para establecer la discriminación debe ser otro y no la ascendencia o la raza. En realidad, ya nadie dice que por el color de la piel algunas personas sean diferentes a las demás.

SEÑOR CORREA FREITAS.- Con respecto a la pregunta formulada por el señor Diputado Cersósimo en cuanto a los perjudicados, me remito a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Hace un momento hice referencia a un alumno a que fue perjudicado por el cupo, aunque tenía mejores condiciones que otros para ingresar a la Universidad. En este caso, la Corte Suprema manifestó que el establecimiento de ese cupo no violaba el principio de igualdad y que el hecho de que ese alumno no pudo ingresar a la Universidad no genera daños y perjuicios.

En este caso concreto que nos ocupa, podríamos pensar en la hipótesis de que alguien pudiera plantear una responsabilidad por acto legislativo, pero me parece que no será así. Yo creo que en la medida en que se trata de implementar acciones afirmativas

para proteger a sectores de la sociedad que se han visto afectados, ya sea social o económicamente, o por otras razones, no podemos hablar de responsabilidad del Estado.

Pensemos -volviendo a considerar temas hablados hace un momento -en los alquileres, en leyes que establecían que se prorrogaban los plazos de los contratos y se impedía el desalojo. Concretamente, las leyes de desalojo de nuestro país que se dictaron a lo largo de cuarenta o cincuenta años prohibían el desalojo de los buenos pagadores. Indudablemente, en esos casos había perjudicados: los propietarios.

En este caso, indudablemente, alguna persona que obtenga buenos resultados en un concurso puede verse afectada si no se le permite ingresar a la función pública debido al cupo establecido en este proyecto. De todos modos, creo que esto no generará responsabilidad del Estado, porque se trata de una norma de protección.

El señor Diputado Cersósimo hizo una pregunta con respecto al color de la piel. Este es un tema que también se ha discutido mucho en los Estados Unidos; es por todos conocida la lucha de los afrodescendientes en ese país, desde la abolición de la esclavitud por Abraham Lincoln, hasta las luchas por los derechos civiles que se han dado hasta bien entrado el siglo XX. También sabemos que en Uruguay, naturalmente, ha habido discriminación hacia los afrodescendientes. Concretamente, recuerdo que en mi ciudad natal, Paso de los Toros, había un club social que impedía entrar y asociarse a personas afrodescendientes, más allá de que eran respetados por todos los integrantes de la sociedad del lugar. Es más, el club hizo una excepción, ya que a un afrodescendiente en particular se le permitió ser socio, lo que fue un hecho muy notorio; estoy hablando de la década del sesenta, una época bastante remota.

Todos sabemos que el problema que se ha dado en nuestro país con los afrodescendientes es la condición social a la que se han visto expuestos; normalmente, se trata de personas situadas en el nivel de pobreza y, sin ninguna duda, la mayoría ha tenido enormes dificultades. Por supuesto, algunos han progresado; aquellos que se han vinculados a ciertas actividades, como el deporte, sin ninguna duda, están en muy buenas condiciones económicas, lo cual nos alegra enormemente. Conozco algunos casos muy especiales que, por suerte, han superado esa situación, pero también conozco otros. Quienes tenemos actividad política en el país, sabemos lo que son las condiciones en que muchos de nuestros afrodescendientes viven o han vivido, y que han tenido enormes dificultades para enfrentar la vida.

Por supuesto que hay otras razones y, quizás, el Parlamento también deba legislar para proteger otras situaciones. Hoy decíamos que la Constitución uruguaya prevé una serie de hipótesis como la de los menores.

El plazo es una cuestión estrictamente de oportunidad o de conveniencia. El legislador tendrá que analizar si esta es una norma permanente o si debe tener un plazo determinado para su aplicación; no tengo una posición definitiva al respecto. Reconozco que es un tema delicado. Fuera de lo que podamos opinar cada uno de nosotros, en lo personal, he conocido muchas situaciones en donde a los afrodescendientes los hemos discriminado, más allá de que todos tenemos un trato respetuoso; creo que la sociedad uruguaya siempre ha sido inclusiva en ese aspecto.

Entiendo que, quizás, puede ser una buena señal establecer un plazo hasta que se encuentre un paliativo a estas situaciones. Estimo que este tipo de normas son saludables para el Estado de derecho y la democracia uruguaya porque, en definitiva, lo que hacen es reconocer que si bien todos somos iguales desde el punto de vista jurídico, lo que nos diferencia son, sin ninguna duda, los talentos y las virtudes, pero también las

condiciones económicas y sociales generan desigualdad en la sociedad. En definitiva, las Constituciones, a partir de los años veinte fueron las que procuraron, con los derechos económicos y sociales, solucionar y eliminar estas diferencias sociales y económicas.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Tenemos dudas acerca de que, en el caso de que los afrodescendientes hayan sido objeto de discriminación y de perjuicios, ello podría traer aparejado alguna reparación patrimonial. Me refiero al reconocimiento que se hace al principio. La consulta es para asegurarnos que no estamos habilitando alguna vía para ello.

Ya que el doctor Correa Freitas estuvo tantos años en la Oficina Nacional del Servicio Civil, quisiéramos hacer otra consulta con respecto al ingreso a la función pública. No he visto ningún antecedente en la jurisprudencia ni en la Comisión asesora, acerca de que hayan existido impedimentos para el ingreso a la función pública por razones de raza. Me parece que ese dato tenemos que manejarlo a la hora de establecer estas normas.

Inclusive, el otro día nos reunimos con integrantes de la institución de derechos humanos creada hace poco tiempo -comenzó a funcionar hace dos meses, todavía en forma muy precaria-, y a pesar de que ha recibido aproximadamente sesenta denuncias, ninguna estaba vinculada con discriminación racial en el ingreso a la función pública.

De manera que también estamos reflexionando que la cuota para el ingreso a la función pública es una forma de indemnización de la posible discriminación en otros aspectos que ha existido contra la comunidad afrodescendiente.

Queríamos conocer su opinión, dada su vasta experiencia en esa materia.

SEÑOR GARINO GRUSS.- Quisiera hacer dos o tres apreciaciones.

La primera tiene que ver con el accionar. Acá estamos tratando de salvaguardar la constitucionalidad del proyecto. Así como el doctor Correa Freitas ha efectuado sus aclaraciones y ha planteado sus puntos de vista, han venido otros constitucionalistas y otros profesionales que han visto posibles inconstitucionalidades. Dado nuestro sistema legislativo, el control, la salvaguarda de la constitucionalidad reposa única y exclusivamente en el sistema bicameral; no hay otro organismo de contralor. Quien accionaría aquí ante una eventual acción de inconstitucionalidad sería alguien con un interés directo, personal y legítimo. En ese caso, ¿quién tendría, eventualmente, un interés, directo, personal y legítimo para accionar por este proyecto? Por lo tanto, una vez aprobado este proyecto en estos términos, me gustaría saber qué pasaría a futuro con un posible o eventual reclamo sobre su constitucionalidad.

El doctor Correo Freitas hablaba de una suerte de viveza criolla. Al parecer, habría alguna persona que tal vez sea morocha, pero no afrodescendiente, por así decirlo. Tomando en cuenta su experiencia legislativa como ex legislador y como persona entendida en los aspectos jurídicos, quisiera saber cuál sería el criterio objetivo a tener en cuenta, como hay una ley que habla de las personas con capacidades diferentes y se establecen criterios objetivos para definir esa discapacidad y, por lo tanto, para dar un beneficio a esas personas.

El doctor Correa Freitas mencionaba el caso de un proceso de desalojo. En ese caso, a la grávida en invierno no se la desaloja y se le da un plazo de ciento veinte días, pero hay un criterio científico para comprobar la gravidez. Lo mismo ocurre si tiene menores; si los tiene, se le da un plazo de ciento veinte días. Ese es un criterio objetivo.

Entonces, ¿cuál sería, a su entender, el criterio objetivo para definir quién es afrodescendiente? Pregunto esto porque hoy nos respaldamos mucho en ese 8% que surge del censo, que se trata de personas que se sienten afrodescendientes, pero no es una cuestión de pigmento o biológica; creo que aparece mezclado ahí un aspecto cultural.

Por último, el doctor Correa Freitas señalaba que la Constitución hace discriminaciones positivas y negativas. No sé si algunos de los ejemplos que mencionaba no los comparto o veo en ellos otro matiz. ¿Esas no son normas programáticas? Cuando la Constitución habla de promoción de tal o cual, más que una discriminación negativa, ¿no se trata de normas programáticas para el legislador y para la Administración Pública en general?

SEÑOR CORREA FREITAS.- Mi experiencia en la Administración Pública me indica que en nuestro país no ha habido discriminación por razones de color, de raza. Conozco muy altos funcionarios en todos los niveles ocupando cargos en la Administración Pública que son afrodescendientes, y nunca me enteré de ninguna denuncia de discriminación.

Recuerdo que cuando ingresé a la UTE en el año 1968, el funcionario de mayor jerarquía en la Asesoría Letrada, era un afrodescendiente. También recuerdo a catedráticos Grado 5 de la Universidad y a Gerentes de empresas públicas, afrodescendientes. Creo que es muy importante señalarlo y que sirve a los efectos del análisis de este proyecto de ley, porque jamás supe que en la Administración Pública uruguaya se hubiera discriminado en concursos o en designaciones por ser afrodescendiente. Este es un aspecto interesante.

Por otro lado, el señor Diputado Cersósimo se refirió a la posibilidad de una reparación: preguntó si como consecuencia del artículo 2º del proyecto de ley se podrían plantear acciones reparatorias. Nunca podemos decir que no porque los uruguayos y los abogados somos muy buenos para plantear pleitos y se nos puede ocurrir que con esto se podrían generar. No obstante, estimo que bajo ningún concepto esto podría dar lugar a responsabilidad del Estado y que de ninguna manera podríamos generar la situación de que todos quienes se consideraran afrodescendientes planteen acciones de reparación contra el Estado por haber sido discriminados desde 1830 hasta la fecha, por poner un ejemplo. Insisto en que, a mi juicio, no se daría lugar a esto, pero reitero que no es posible impedir que haya abogados que, con mucho ingenio, elaboren distintas teorías. De todos modos, creo que ante la Suprema Corte de Justicia no tendrían andamiento alguno.

Con respecto a lo que planteaba el señor Diputado Garino Gruss, algunas son normas programáticas y otras no, pero el hecho de que lo sean de ninguna manera impide que hagan discriminación afirmativa. Es decir que son normas que encomiendan a la ley, al legislador su reglamentación -por ejemplo, en materia de minoridad, de indigencia, de participación de la mujer, etcétera -y, sin perjuicio de que sean programáticas, establecen una discriminación positiva en la Constitución uruguaya.

En cuanto a los criterios para definir la condición de afrodescendiente, creo que habrá que consultar a los entendidos, entre los que están la Facultad de Medicina, el Ministerio de Salud Pública, el Instituto Técnico Forense y especialistas en genética que, sin duda, podrán aportar los elementos necesarios para una definición; creo que la única manera de lograrla es a través de criterios científicos. Yo no soy especialista en estos temas, pero seguramente se pueden establecer mecanismos científicos objetivos para determinar la condición de afrodescendiente. Indudablemente, el color de la piel va a

influir, pero hay otros factores -que no conozco -que están presentes en quienes son afrodescendientes.

SEÑOR PRESIDENTE.- Agradecemos mucho la comparecencia del doctor Correa Freitas.

SEÑOR CORREA FREITAS.- Muchas gracias.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se levanta la reunión.

≠